

PROPOSTA DE
REGULAMENTO
DO PARLAMENTO E DO CONSELHO
RELATIVO A UM DIREITO
EUROPEU COMUM DA
COMPRA E VENDA
COMENTÁRIO

JOÃO ALVES

Procurador-Adjunto

Procuradoria da República do Palácio da Justiça de Lisboa

EXCEROTOS

“Não é considerada essencial a existência de uma regulamentação para as vendas entre profissionais, antes considerando prioritária uma regulamentação sobre as vendas na internet, devido às evidências que a diversidade legislativa afeta o mercado único”

“Sempre que o profissional destinar a sua atividade a consumidores de outros Estados-membros, são aplicáveis as disposições de proteção do consumidor do Estado-membro em que este reside habitualmente, se o nível de proteção previsto for maior e essa aplicação não puder ser afastada por acordo, mesmo que as partes tenham escolhido outro direito aplicável”

“O direito europeu comum da compra e venda constitui um segundo regime de direito dos contratos dentro do direito nacional de cada Estado-membro. Se as partes tiverem acordado na aplicação do direito europeu comum da compra e venda, essas disposições serão as únicas normas nacionais aplicáveis”

“Para uma maior proteção é exigido que ‘Nas relações entre profissionais e consumidores, o acordo quanto à aplicação deste direito só é válido se o consentimento do consumidor tiver sido dado mediante declaração expressa, distinta da declaração de manifestação de vontade de celebrar o contrato’”

“Em caso de não fornecimento da ficha de informação (art. 9º, n. 1), o consumidor não fica vinculado pelo acordo até receber a confirmação prevista no art. 8º, n. 2. A consequência é igual à constante na Directiva 93/13/CEE, que a legislação portuguesa não consagrou, antes optando no DL 446/85 pelo regime da nulidade”

“Do lado do consumidor (...), face ao teor do art. 76º, qual a língua a utilizar quando pretende exercer um direito perante o profissional? Se bem compreendi a norma, se o contrato foi celebrado em italiano e o consumidor pretende exercer o seu direito de retratação, terá que o exercer em italiano. Ora, se o objetivo do DECCV é manter a confiança dos consumidores para contratar fora do seu país, por esta via tal não acontece”

“A proteção do DECCV apenas a cláusulas que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes (art. 83º, n. 1), vai ser facilmente contornada através de conhecidas técnicas de vendas, recorde, como exemplo, a prática bancária”

I. Índice

I. Índice.....	145
II. Introdução.....	145
III. O âmbito de aplicação do direito europeu comum da compra e venda	147
3.1. A obtenção do acordo	148
3.2. A possibilidade de aplicação interna	149
IV. Direito europeu comum da compra e venda (Anexo I).....	150
4.1. Princípios gerais e aplicação	150
4.2. Informações pré-contratuais.....	151
4.3. Celebração do contrato.....	151
4.4. Direito de retratação.....	151
4.5. Vícios da vontade.....	152
4.6. Interpretação	153
4.7. Conteúdo e efeitos	153
4.8. Cláusulas contratuais abusivas.....	153
4.9. Conformidade dos bens.....	155
V. Conclusões.....	156

II. Introdução

A proposta contém um regime jurídico opcional de regulamentação do Direito Europeu Comum da Compra e Venda (DECCV), aplicável aos “contratos transfronteiriços de compra e venda de bens, de fornecimento de conteúdos digitais e de prestação de serviços conexos, que se enquadrem no âmbito territorial, material e pessoal fixado nos artigos 4º a 7º” (art. 3º).

A proposta está dividida em duas partes, a primeira, com 16 artigos, estabelece as circunstâncias em que o DECCV pode ser utilizado. A segunda, consta do Anexo I, com 186 artigos, onde encontramos o regime do DECCV.

No Anexo II, encontra-se a ficha informativa.

A base legal para a proposta de Regulamento¹ baseia-se no art. 114º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, inserido no capítulo 3 respeitante à aproximação das legislações. As matérias abrangidas pelo art. 114º apenas necessitam de aprovação por maioria qualificada, o que implica que a proposta pode ser aprovada mesmo com a oposição de Portugal.

Uma vez adotada, terá efeito direto, passando a vigorar, após a sua entrada em vigor, na ordem jurídica interna de cada Estado-membro.

Em síntese, a Comissão está convencida que os atuais 27 direitos nacionais aplicáveis na UE prejudicam o comércio comunitário, aumentam os custos legais para as empresas caso se envolvam em vendas transfronteiriças e originam insegurança para os consumidores quanto aos seus direitos. No entanto, a uniformidade proposta é meramente apelativa, pois outras dificuldades são criadas:

- a sua efetivação vai depender do direito processual civil nacional, muito variável de Estado para Estado.

- inexistência de doutrina e jurisprudência.

- enquanto instrumento de direito europeu, qualquer questão, em última análise, terá que ser apreciada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, já bastante sobrecarregado de serviço.

- os custos e tempo de formação para magistrados e advogados serão elevados. Aliás, são conhecidas as dificuldades com

Acredito que existem outras medidas com maior impacto: por exemplo, a criação de uma tarifa plana nos correios da UE para mercadorias até 2/3 quilos

o direito nacional, “(...) permita-se a liberdade de expressão: O direito de consumo ainda não sensibilizou, de vez, os operadores judiciários...”².

- a incerteza e insegurança inerentes à aplicação de um novo regime jurídico.

Pelo que apurei nos poucos elementos disponíveis na internet, não é considerada essencial a existência de uma regulamentação para as vendas entre profissionais, antes considerando prioritária uma regulamentação sobre as vendas na internet, devido às evidências que a diversidade legislativa afeta o mercado único.

Na realidade, não sofre contestação que é urgente melhorar o mercado interno e dinamizar as transações transfronteiriças mas, apesar dos vários estudos divulgados, há uma sensação no dia a dia de que os obstáculos³ têm pouco a ver com a diversidade de regimes jurídicos. Neste mundo globalizado, é possível encontrar em Portugal qualquer mercadoria, assim, qual a motivação do consumidor para comprar noutro país da UE? Simples, o preço.

Pessoalmente, acredito que existem outras medidas com maior impacto: por exemplo, a criação de uma tarifa plana⁴ nos correios da UE para mercadorias até 2/3 quilos permitiria um enorme incremento do comércio eletrónico.

Trata-se de um regime extenso e complexo, nem sempre de fácil leitura⁵, que pretende abarcar todo o ciclo de vida (da formação à prescrição) de um

contrato (profissionais-profissionais⁶ e profissionais-consumidores) e que necessitava de mais tempo para uma análise mais detalhada. Na minha opinião, a metodologia a seguir para auscultação dos vários intervenientes na defesa dos consumidores teria passado pela realização de um *workshop* sobre o tema, com a participação das universidades, associações de defesa dos consumidores, Ministério Público e Direção-Geral do Consumidor.

Incumbe “ao Ministério Público a defesa dos consumidores no âmbito da presente lei e no quadro das respectivas competências, intervindo em ações administrativas e cíveis tendentes à tutela dos interesses individuais homogêneos, bem como de interesses coletivos ou difusos dos consumidores” (art. 20º da Lei 24/96, de 31 de Julho).

Em consequência, a presente análise é restrita a questões contidas no DECCV que, na minha opinião, prejudicam ou são menos favoráveis para os interesses dos consumidores, tendo em particular atenção que “Portugal possui um acervo de normas de proteção dos consumidores de alto nível, em relação à maioria dos Estados da União Europeia”⁷.

III. O âmbito de aplicação do DECCV

Dispõe o art. 6º do Regulamento (CE) 593/08 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008 (Roma I), sobre a lei aplicável às obrigações contratuais que, sempre que o profissional destinar a sua atividade a consumidores de outros Estados-membros, são aplicáveis as disposições de proteção do consumidor do Estado-membro em que este reside habitualmente, se o nível de proteção previsto for maior e essa aplicação não puder ser afastada por acordo, mesmo que as partes tenham escolhido outro direito aplicável.

Todavia, quando as partes contratantes decidam aplicar ao contrato o regime do DECCV, esta disposição é afastada, logo, deixa de ser aplicável ao contrato a lei nacional nas matérias reguladas no DECCV⁸.

A Comissão fornece a seguinte justificação⁹:

“O direito europeu comum da compra e venda constitui um segundo regime de direito dos contratos dentro do direito nacional de cada Estado-membro. Se as partes tiverem acordado na aplicação do direito europeu comum da compra e venda, essas disposições serão as únicas normas nacionais aplicáveis às questões abrangidas pelo seu âmbito de aplicação. Se uma questão se inserir no âmbito de aplicação do direito europeu comum da compra e venda, não existe, pois, qualquer motivo para que sejam aplicadas outras normas nacionais. O

acordo quanto à aplicação do direito europeu comum da compra e venda é uma escolha entre dois conjuntos diferentes de normas de direito contratual dentro do mesmo direito nacional, pelo que não constitui uma escolha da lei aplicável na aceção das normas de direito internacional privado nem deve ser confundido com esta.”

Importa salientar que a mudança de regime legal aplicável ao contrato só se justifica para o consumidor, se obtiver uma maior protecção em relação ao regime de que beneficia na sua lei nacional – o que não é o caso português (como veremos).

O regime do DECCV é aplicável a contratos entre profissionais e profissionais e consumidores, quando se verificarem as seguintes condições:

- acordo voluntário e expreso de ambas as partes.
- seja um contrato transfronteiriço ou o Estado-membro tenha decidido pela aplicação aos contratos internos.
- o contrato respeite à compra e venda de bens, de fornecimento de conteúdos digitais e de prestação de serviços conexos, que se enquadrem no âmbito territorial, material e pessoal fixado nos artigos 4º a 7º.
- uma das partes seja estabelecida num dos Estados-membros da UE.

3.1. A obtenção do acordo

A proposta contém um regime jurídico opcional, porém, na prática, a escolha do consumidor é restrita a aceitar o DECCV ou não contratar com o profissional (*take it or leave it*). Importa não esquecer que o consumidor é usualmente considerado a parte mais fraca na relação contratual.

Para uma maior protecção é exigido que “Nas relações entre profissionais e consumidores, o acordo quanto à aplicação deste direito só é válido se o consentimento do consumidor tiver sido dado mediante declaração expressa, distinta da declaração de manifestação de vontade de celebrar o contrato. O profissional deve fornecer ao consumidor uma confirmação desse acordo num suporte duradouro” (art. 8º, n. 2) e o regime não pode ser aplicado de forma parcial (art. 8º, n. 3).

Este direito é complementado através do fornecimento de uma ficha informativa (cfr., art. 9º e Anexo II da proposta de Regulamento), com cerca de página e meia, cujo teor se afigura insuficiente e pouco elaborado.

Aliás, quem está ligado à defesa do consumidor sabe que os direitos de informação não são um meio muito efetivo de proteger o consumidor: quem se dá ao trabalho de ler página e meia para comprar um CD?

O consumidor apenas estará em condições de efetuar uma escolha consciente se conhecer as alternativas – a sua lei nacional e a lei que o profissional propõe.

É possível até especular um pouco: se o DECCV tem “um elevado nível de defesa do consumidor”, o art. 9º não é um pouco excessivo e contraditório? Como se os consumidores tivessem que ser alertados para algo perigoso.

Em caso de não fornecimento da ficha de informação (art. 9º, n. 1), o consumidor não fica vinculado pelo acordo até receber a confirmação prevista no art. 8º, n. 2¹⁰. A consequência é igual à constante na Diretiva 93/13/CEE, que a legislação portuguesa não consagrou, antes optando no DL 446/85 pelo regime da nulidade.

O DECCV é omissivo sobre o momento em que as partes acordam na sua aplicação. Assim, é legítimo concluir que as partes podem optar pela sua aplicação a qualquer altura (antes da conclusão, durante ou depois).

Em geral, tal situação não constitui um problema, todavia, nas relações profissionais-consumidores, a escolha do DECCV quando surja um litígio pode conduzir à desproteção dos consumidores. Vamos ser realistas, facilmente as grandes multinacionais vão elaborar estudos comparativos entre o DECCV e a legislação dos vários países da UE, ficando a saber quando lhes é mais favorável optar pelo DECCV.

No fundo, obtém-se um efeito similar ao que o DECCV quer evitar ao não permitir a sua aplicação parcial (art. 8º, n. 3), pelo que, importa fixar o momento de opção.

O princípio da cooperação, consagrado no art. 3º, decorre da boa-fé e traduz-se no ato de colaboração com a outra parte durante a execução do contrato

3.2. A possibilidade de aplicação interna

O debate ocorrido na UE produziu um meio-termo, o DECCV é um regime opcional limitado a contratos transfronteiriços, mas os Estados-membros têm a possibilidade de estender a sua aplicação a contratos internos, ou seja, “Contratos em que a residência habitual dos profissionais ou, nos contratos entre profissionais e consumidores, a residência habitual do profissional, a morada indicada pelo consumidor, a morada de entrega dos bens e a morada de faturação se situem nesse Estado-membro; e/ou ...” (art. 13º, al. a).

Atenta a redação do artigo, conjugada com o art. 8º, n. 3, trata-se de uma opção pela totalidade do regime.

É compreensível o dilema da Comissão:

– se o DECCV for aplicável apenas a contratos transfronteiriços, o profissional necessita sempre de usar dois sistemas jurídicos. Um para as vendas internas e outro para as transfronteiriças.

– se o DECCV for também aplicável internamente, pode ser utilizado para reduzir/contornar os direitos dos consumidores existentes nos Estados-membros.

O art. 13º, al. a) coloca um dos principais problemas: se o direito interno do Estado-membro concede maior proteção ao consumidor, a parte mais forte pode impor ao consumidor o regime menos favorável do DECCV. Ora, Portugal, ao contrário da generalidade dos Estados-membros que possuem um forte sistema sancionatório do uso de cláusulas contratuais abusivas, tem uma forte “tradição” de abusos em matéria contratual, através da utilização de cláusulas contratuais gerais/contratos de adesão (basta uma simples consulta às bases jurídicas para se compreender a dimensão do problema).

Face ao passado e presente, não tenho dúvidas que se o Estado português tomar esta opção será um brutal retrocesso para os consumidores portugueses. Se os consumidores portugueses ainda mal conhecem os seus direitos ao abrigo da legislação nacional, como é que podem comparar com o regime do DECCV?

IV. Direito europeu comum da compra e venda (Anexo I)

4.1. Princípios gerais e aplicação

O DECCV, no art. 1º (liberdade contratual), art. 2º (boa-fé contratual) e art. 3º (cooperação), estabelece os três princípios gerais pelos quais se rege.

O art. 1º, similar ao art. 405º do C. Civil português, consagra tanto a liberdade de celebração ou conclusão de contratos, como a liberdade de fixação do seu conteúdo, restringindo a autonomia privada relativamente a normas imperativas¹¹.

O art. 2º consagra o princípio da boa-fé contratual, não fornecendo a sua definição¹², e o n. 2 enumera concretizações exemplificativas do princípio normativo da boa-fé¹³.

Tal como o art. 227º do C. Civil português, o artigo utiliza a noção de boa-fé em sentido objetivo, como norma de conduta que impõe obrigações tais como o dever de informação, veracidade e cooperação recíproca na formação, execução e, até mesmo, após a extinção do contrato.

O princípio da cooperação consagrado no art. 3º, decorre da boa-fé e traduz-se no ato de colaboração com a outra parte durante a execução do contrato.

4.2. Informações pré-contratuais

A matéria é regulada no capítulo 2, com natureza imperativa no que respeita aos consumidores (art. 22º).

Nesta matéria não vão existir diferenças entre o DECCV e a legislação nacional, uma vez que o Conselho de Ministros da União Europeia aprovou no passado dia 10 de outubro a nova Directiva relativa aos direitos dos consumidores¹⁴ (harmonização total) na EU.

A data de transposição nos Estados-membros terá que ocorrer até final de 2013.

4.3. Celebração do contrato

A matéria é regulada no capítulo 3. Uma primeira chamada de atenção positiva para o fato do silêncio ou a omissão não constituir, por si só, uma aceitação (art. 34º, n. 2).

Pensando nos contratos celebrados à distância, o art. 106º, n. 1, al. c), confere ao comprador o direito ao reembolso de qualquer montante pago, quando exista contrato. O capítulo 17 regula a restituição mas, quando o contrato seja anulado ou resolvido (art. 172º, n. 1).

Se bem interpretei o DECCV, não existe direito ao reembolso quando não chegou a formar-se o contrato, o que pode acontecer, basta pensar em casos em que o comprador envia a proposta com um cheque. O vendedor nada diz mas, levanta o cheque, existe contrato? Admito que o art. 34º, n. 1 possa dar cobertura a este caso, mas o artigo deve ser clarificado com situações exemplificativas¹⁵.

4.4. Direito de retratação

A matéria é regulada no capítulo 4, com natureza imperativa no que respeita aos consumidores (art. 47º), sendo de assinalar o seu detalhe.

Também aqui, independentemente do DECCV, a nova directiva relativa aos direitos dos consumidores implicará mudanças em todos os Estados-membros.

São de assinalar as seguintes diferenças prejudiciais para os consumidores nos contratos ao domicílio ou equiparados:

– No DL 82/08, de 20/5, em caso de resolução do contrato por iniciativa do consumidor, o fornecedor tem 30 dias para devolução do dinheiro, sob pena de devolução em dobro (art. 19º, n. 2).

– No DECCV, a devolução em dobro não existe. O profissional pode reter o reembolso até ter recuperado o bem (art. 44º, n. 3) e suporta os custos diretos da devolução (art. 45º, n. 2).

– No DL 82/08, de 20/5, as exclusões são apenas quatro, no DECCV são nove.

4.5. Vícios da vontade

No capítulo 5 do DECCV encontra-se o elenco das circunstâncias que perturbam o processo formativo da vontade, levando-a a manifestar-se em sentido diferente daquela em que se manifestaria, se tais circunstâncias não ocorressem.

Nos contratos ao domicílio¹⁶ é fácil ao profissional obter o acordo de aplicação do DECCV, uma vez que as partes estão a negociar frente a frente. Enquanto modalidade de vendas transfronteiriça, não terá grande expressão prática, porém é muito preocupante se o DECCV for aplicado internamente.

Os consumidores, sobretudo idosos, são particularmente vulneráveis a este tipo de vendas, dadas as técnicas agressivas de venda utilizadas.

A leitura do DECCV permite constatar que a integração destas práticas desleais ocorre no art. 50º (ameaças) ou art. 51º (exploração abusiva). Na minha opinião é claramente insuficiente, deverá consagrar-se expressamente na redação do art. 50º que o consumidor tem direito à anulação do contrato em caso de práticas comerciais desleais, na definição da Directiva 2005/29/CE.

Acresce que estas técnicas de venda envolvem quase sempre cláusulas especificamente negociadas¹⁷, o que implica o afastamento do regime das cláusulas contratuais gerais abusivas, só aplicável às cláusulas que não tenham sido especificamente negociadas (art. 83º, n. 1).

A violação do art. 50º ou 51º permite a anulação do contrato no prazo de 1 ano (art. 52º, n. 2, al. b), todavia, o art. 174º, al. b), permite ao profissional arguir que o consumidor tinha conhecimento do motivo da anulação ou da resolução, o que pode tornar bem difícil ao consumidor obter os seus direitos.

Da comparação do regime do DECCV com o DL 57/08, de 26/3, constata-se que este é mais favorável para o consumidor, pois também permite “a modificação do contrato segundo juízos de equidade”¹⁸.

4.6. Interpretação

O art. 9º do C. Civil português limita-se a consagrar os princípios que podem considerar-se já uma aquisição definitiva na matéria¹⁹. Estes princípios podem perfeitamente ser utilizados para interpretar o DECCV, desde que a interpretação seja efetuada “de forma autónoma e de acordo com os seus objetivos e princípios de base” (art. 4º, n. 1).

Nas matérias não reguladas no DECCV, rejeita-se a aplicação da lei nacional para integrar lacunas, remetendo-se o intérprete para os objetivos e princípios de base (art. 4º, n. 2).

Quando exista concurso de normas (norma geral e especial), determina-se a prevalência da norma especial (art. 4º, n. 3).

4.7. Conteúdo e efeitos

No capítulo 7, relativo ao conteúdo e efeitos do contrato, com a epígrafe “língua”, dispõe o art. 76º, “Sempre que a língua a utilizar nas comunicações relativas ao contrato, ou aos direitos e às obrigações dele decorrentes não possa ser determinada de outro modo, a língua a utilizar é a da celebração do contrato”.

O DECCV não contém norma que imponha a língua²⁰ a utilizar no contrato; será que o profissional cumpre o art. 70º, n. 1, se não utilizar a língua do consumidor? Entendo que o DECCV devia clarificar a questão, senão o alegado “elevado nível de proteção” nunca será atingido – não compreender a língua é meio caminho para não obter informação.

Do lado do consumidor, por exemplo, face ao teor do art. 76º, qual a língua a utilizar quando pretende exercer um direito perante o profissional? Se bem compreendi a norma, se o contrato foi celebrado em italiano e o consumidor pretende exercer o seu direito de retratação, terá que o exercer em italiano. Ora, se o objetivo do DECCV é manter a confiança dos consumidores para contratar fora do seu país, por esta via tal não acontece (ou talvez se confie na capacidade dos tradutores automáticos, tipo Google translator).

4.8. Cláusulas contratuais abusivas

A definição de cláusulas contratuais gerais encontra-se no art. 2º, al. d): “cláusulas contratuais redigidas antecipadamente para várias transações envolvendo diferentes partes e que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes na aceção do artigo 7º do direito europeu comum da compra e venda.”

O art. 7º do Anexo I diz-nos que uma cláusula contratual “não é especificamente negociada se foi incorporada por uma parte e a outra parte não teve possibilidade de influenciar o seu conteúdo”.

O capítulo 8 é dedicado às cláusulas contratuais abusivas, salientando-se duas restrições:

- a proteção é restrita a cláusulas que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes (art. 83º, n. 1).

- a proteção não se aplica à definição do objeto principal do contrato nem à adequação do preço²¹ a pagar na medida em que o profissional tenha cumprido o dever de transparência estabelecido no artigo 82º (art. 80º, n. 2).

O consumidor é objeto de proteção adicional no art. 70º, n. 1 e art. 70º, n. 2. Trata-se de dois controlos diferentes, no art. 83º, n. 1, a cláusula só é abusiva se causar um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes, em violação da boa-fé.

No art. 70º, n. 1, a cláusula não necessita de ser abusiva, basta que o profissional não tenha adotado as medidas razoáveis para chamar a atenção do consumidor, para não o vinculem.

Da comparação entre o regime do DECCV e a lei portuguesa (DL 446/85, de 25/10), podemos enumerar as seguintes diferenças desfavoráveis para o consumidor:

- Comunicação na íntegra e realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efetivo por quem use de comum diligência (art. 5º, n. 1 e 2 do DL 446/85). No DECCV, redigidas e comunicadas em termos simples e compreensíveis (art. 82º).

- O DL 446/85 aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar (art. 1º, n. 2). No DECCV, a proteção é restrita a cláusulas que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes (art. 83º, n. 1).

- Quanto aos requisitos de validade das cláusulas, o art. 8º, al. c) do DL 446/85 exclui dos contratos singulares as cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real. No DECCV, não existe norma específica.

Quando exista
concurso de normas
(norma geral e
especial),
determina-se a
prevalência da norma
especial (art. 4º, n. 3)

– No que respeita à validade das cláusulas, o art. 12º do DL 446/85 comina com nulidade as cláusulas contratuais gerais proibidas por disposição do diploma. O DECCV determina que não são vinculativas para a outra parte (art. 79º, n. 1).

– Na enumeração das cláusulas abusivas, no DL 446/85 temos 19 cláusulas abusivas na lista negra, no DECCV, apenas 11 (art. 84º). Nas cláusulas presumivelmente abusivas (lista cinzenta)²², um empate a 23.

A proteção do DECCV apenas as cláusulas que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes (art. 83º, n. 1) vai ser facilmente contornada através de conhecidas técnicas de vendas; recorde, como exemplo, a prática bancária descrita por Almeno de Sá²³ como “a técnica da ‘falsa individualização’” e que descreve da seguinte forma: “algumas daquelas instituições, com base na tecnologia dos computadores, passaram a substituir os antigos formulários, previamente impressos, por documentos pretensamente individualizados ou personalizados, entregues no momento ao cliente concreto”²⁴.

4.9. Conformidade dos bens

A matéria é regulada na seção 3 do capítulo 10, com natureza imperativa no que respeita aos consumidores (art. 105º, n. 5).

Perante o regime do DL 84/08 de 21/5, há a assinalar as seguintes diferenças prejudiciais para os consumidores:

– O DL 84/08, tem um campo de aplicação mais vasto, englobando a locação.

– No DECCV, desaparece a responsabilidade do produtor, consagrada no art. 6º do DL 84/08.

– No DL 84/08, as peças sobresselentes têm novo prazo de garantia (art. 5º, n. 6).

– No DL 84/08, face à desconformidade do bem, o consumidor dispõe de quatro direitos (reparação, substituição, redução do preço ou resolução do contrato) sem hierarquia (art. 4º, n. 1). No DECCV, há hierarquia (reparação ou substituição), salvo quando tal opção seja ilícita ou impossível ou, quando comparada com outra disponível, imponha custos ao vendedor que sejam desproporcionais (art. 111º, n. 1).

– Quanto a presunções de conformidade do bem, o DL 84/08 estipula um prazo de dois anos (art. 5º, n. 1). O DECCV, apenas seis meses (art. 105º, n. 2).

V. Conclusões

1) Portugal possui um acervo de normas de proteção dos consumidores de alto nível, em relação à maioria dos Estados da União Europeia.

2) A mudança de regime legal aplicável ao contrato só se justifica para o consumidor, se obtiver uma maior proteção em relação ao regime de que beneficia na sua lei nacional – o que não é o caso português.

3) A uniformidade proposta é meramente apelativa, pois outras dificuldades são criadas:

- a sua efetivação vai depender do direito processual civil nacional, muito variável de Estado para Estado.

- inexistência de doutrina e jurisprudência.

- enquanto instrumento de direito europeu, qualquer questão, em última análise, terá que ser analisada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, já bastante sobrecarregado de serviço.

- os custos e tempo de formação para magistrados e advogados serão elevados.

- a incerteza e insegurança inerentes à aplicação de um novo regime jurídico.

4) Trata-se de um regime extenso e complexo, nem sempre de fácil leitura²⁵ que pretende abarcar todo o ciclo de vida (da formação à prescrição) de um contrato (profissionais-profissionais e profissionais-consumidores) e que necessitava de mais tempo para uma análise detalhada.

5) Para além de tornar mais complexa a proposta, é difícil compreender a razão que levou a Comissão a gastar recursos com o desenvolvimento de uma regulamentação entre profissionais.

6) A proposta contém um regime jurídico opcional porém, na prática, a escolha do consumidor é restrita a aceitar o DECCV ou não contratar com o profissional (*take it or leave it*). Importa não esquecer que o consumidor é usualmente considerado a parte mais fraca na relação contratual.

7) O teor da ficha informativa (cfr., art. 9º e Anexo II da proposta de Regulamento), com cerca de página e meia, afigura-se insuficiente e pouco elaborado.

8) O DECCV é omissivo sobre o momento em que as partes acordam na sua aplicação. Assim, é legítimo concluir que as partes podem optar pela sua aplicação a qualquer altura (antes da conclusão, durante ou depois). Todavia, nas relações profissionais-consumidores, a escolha do DECCV quando surja um litígio pode conduzir à desproteção dos consumidores, pelo que, importa fixar o momento de opção.

9) O art. 13º, al. a) coloca um dos principais problemas, se o direito interno do Estado-membro concede maior proteção ao consumidor, a parte mais forte pode impor ao consumidor o regime menos favorável do DECCV. Ora, Portugal, ao contrário da generalidade dos Estados-membros que possuem um forte sistema sancionatório do uso de cláusulas contratuais abusivas, tem uma forte “tradição” de abusos em matéria contratual, através da utilização de cláusulas contratuais gerais/contratos de adesão.

10) Face ao passado e presente, não tenho dúvidas que se o Estado português tomar esta opção será um brutal retrocesso para os consumidores portugueses. Se os consumidores portugueses ainda mal conhecem os seus direitos ao abrigo da legislação nacional, como é que podem comparar com o regime do DECCV?

11) Se bem interpretei o DECCV, não existe direito ao reembolso quando não chegou a formar-se o contrato, o que pode acontecer, basta pensar em casos em que o comprador envia a proposta com um cheque. O vendedor nada diz mas levanta o cheque, existe contrato? Admito que o art. 34º, n. 1 possa dar cobertura a este caso, mas o artigo deve ser clarificado com situações exemplificativas.

No DL 84/08, face à desconformidade do bem, o consumidor dispõe de quatro direitos (reparação, substituição, redução do preço ou resolução do contrato) sem hierarquia

12) No direito de retratação, são de assinalar as seguintes diferenças prejudiciais para os consumidores nos contratos ao domicílio ou equiparados:

– No DL 82/08, de 20/5, em caso de resolução do contrato por iniciativa do consumidor, o fornecedor tem 30 dias para devolução do dinheiro, sob pena de devolução em dobro (art. 19º, n. 2).

– No DECCV, a devolução em dobro não existe. O profissional pode reter o reembolso até ter recuperado o bem (art. 44º, n. 3) e suporta os custos diretos da devolução (art. 45º, n. 2).

– No DL 82/08, de 20/5, as exclusões são apenas quatro, no DECCV são nove.

13) Em regra, as práticas comerciais desleais são abrangidas no art. 50º (ameaças) ou art. 51º (exploração abusiva). Na minha opinião é claramente insuficiente, deverá consagrar-se expressamente na redação do art. 50º que o consumidor tem direito à anulação do contrato em caso de práticas comerciais desleais, na definição da Diretiva 2005/29/CE.

14) O DECCV não contém norma que imponha a língua²⁶ a utilizar no contrato; será que o profissional cumpre o art. 70º, n. 1, se não utilizar a língua

do consumidor? Entendo que o DECCV devia clarificar a questão, senão o alegado “elevado nível de proteção” nunca será atingido – não compreender a língua é meio caminho para não obter informação.

15) No que respeita a cláusulas contratuais abusivas, são de salientar duas restrições inexistentes na lei portuguesa:

- a proteção é restrita a cláusulas que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes (art. 83º, n. 1).

- a proteção não se aplica à definição do objeto principal do contrato nem à adequação do preço²⁷ a pagar na medida em que o profissional tenha cumprido o dever de transparência estabelecido no artigo 82º (art. 80º, n. 2).

16) A proteção do DECCV apenas a cláusulas que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes (art. 83º, n. 1), vai ser facilmente contornada através de conhecidas técnicas de vendas; recorde, como exemplo, a prática bancária descrita por Almeno de Sá²⁸ como “a técnica da ‘falsa individualização’”.

17) Ainda quanto a cláusulas contratuais abusivas, da comparação entre o regime do DECCV e a lei portuguesa (DL 446/85, de 25/10), podemos enumerar as seguintes diferenças desfavoráveis para o consumidor:

- Comunicação na íntegra e realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efetivo por quem use de comum diligência (art. 5º, nºs 1 e 2 do DL 446/85). No DECCV, redigidas e comunicadas em termos simples e compreensíveis (art. 82º).

- O DL 446/85 aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar (art. 1º, n. 2). No DECCV, a proteção é restrita a cláusulas que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes (art. 83º, n. 1).

- Quanto aos requisitos de validade das cláusulas, o art. 8º, al. c) do DL 446/85, exclui dos contratos singulares as cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real. No DECCV, não existe norma específica.

- No que respeita à validade das cláusulas, o art. 12º do DL 446/85 comina com nulidade as cláusulas contratuais gerais proibidas por disposição do diploma. O DECCV determina que não são vinculativas para a outra parte (art. 79º, n. 1).

– Na enumeração das cláusulas abusivas, no DL 446/85 temos 19 cláusulas abusivas na lista negra, no DECCV, apenas 11 (art. 84º). Nas cláusulas presumivelmente abusivas (lista cinzenta), um empate a 23.

18) Quanto à conformidade dos bens, há a assinalar as seguintes diferenças prejudiciais para os consumidores:

– O DL 84/08, tem um campo de aplicação mais vasto, englobando a locação.

– No DECCV, desaparece a responsabilidade do produtor, consagrada no art. 6º do DL 84/08.

– No DL 84/08, as peças sobresselentes têm novo prazo de garantia (art. 5º, n. 6).

– No DL 84/08, face à desconformidade do bem, o consumidor dispõe de quatro direitos (reparação, substituição, redução do preço ou resolução do contrato) sem hierarquia (art. 4º, n. 1). No DECCV, há hierarquia (reparação ou substituição), salvo quando tal opção seja ilícita ou impossível ou, quando comparada com outra disponível, imponha custos ao vendedor que sejam desproporcionais (art. 111º, n. 1).

– Quanto a presunções de conformidade do bem, o DL 84/08 estipula um prazo de dois anos (art. 5º, n. 1). O DECCV, apenas seis meses (art. 105º, n. 2).

Notas

¹ Proposta de *Regulamento do Parlamento e do Conselho* relativo a um direito europeu comum da compra e venda, exposição de motivos, p. 10.

² Voto de vencido no Ac. do STJ de 3/3/2003, CJ, STJ, Tomo III, 2003, p. 21, proferido pelo senhor conselheiro Neves Ribeiro.

³ http://mobile.economico.pt/noticias/portugueses-nao-compram-nem-vendem-fora-do-pais_85444.html

⁴ Mesmo preço para o envio de mercadoria para qualquer país da UE, à semelhança do que acontece nos EUA.

⁵ Por exemplo, por não serem separadas as disposições aplicáveis entre profissionais-profissionais e profissionais-consumidores em capítulos distintos, frequente recurso a disposições que são princípios gerais.

Por outro lado, num texto desta dimensão eram úteis notas explicativas das opções tomadas, bem como remissões entre artigos.

⁶ É difícil compreender a razão que levou a Comissão a gastar recursos com o desenvolvimento de uma regulamentação entre profissionais.

⁷ Liz, J. Pegado, Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho aos Direitos dos Consumidores Com (2008) 614 Final 2008/0196, de 8 out.2008, *RPDC*, n. 64, dezembro de 2010, p. 54.

⁸ Nas restantes a lei nacional é aplicável, por exemplo, questões do foro criminal, publicidade, saúde e segurança e impostos. Por exemplo, não contende com a legitimidade do Ministério Público para instaurar ações inibitórias de cláusulas contratuais gerais abusivas constantes de contratos celebrados ao abrigo do DECCV.

⁹ Proposta de Regulamento do Parlamento e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda, exposição de motivos, p. 6.

¹⁰ Neste caso, existe contrato mas, regulado pela lei nacional, por aplicação do Regulamento (CE) n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008 (Roma I).

¹¹ Um exemplo encontra-se no art. 22º, com a epígrafe “natureza imperativa”, que torna imperativas as normas da seção 1 do capítulo 2.

¹² Pouco adiantando o n. 31 do preâmbulo da Proposta de Regulamento.

¹³ Podemos encontrar concretizações específicas do princípio no art. 23º, n. 1 (Dever de fornecer informações sobre bens e serviços conexos), art. 51º (Exploração abusiva) e art. 86º, n. 1, al. b), (Significado de abusivo nos contratos entre profissionais).

¹⁴ O texto pode ser consultado em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0293+0+DOC+XML+V0//PT>

¹⁵ Ao abrigo da lei portuguesa posso recorrer ao instituto do enriquecimento sem causa.

¹⁶ Regulados em Portugal pelo DL 82/08, de 20/5.

¹⁷ É o caso do preço alto que, em “especial atenção” é reduzido e das quantidades.

¹⁸ Art. 14º, n. 2 do DL 53/2008, de 26/3.

¹⁹ Pires de Lima e A. Varela, *C. Civil Anotado*, I-160.

²⁰ Cfr., n. 27 do preâmbulo da Proposta de Regulamento.

²¹ A questão do preço é relevante para alguns tipos de contrato mas, para os contratos à distância os consumidores estão protegidos pelos deveres de informação pré-contratuais dos arts. 13º, al. b) e 14º.

²² A que acrescem as cláusulas abusivas relativas aos juros de mora, constantes do art. 170º.

²³ Sá, Almeno de, *Direito Bancário*, 2008, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 37-38.

²⁴ Sá, Almeno de, *Relação Bancária, Cláusulas Contratuais Gerais e o Novo Código Civil*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVIII, 2002, p. 315.

²⁵ Por exemplo, por não serem separadas as disposições aplicáveis entre profissionais-profissionais e profissionais-consumidores em capítulos distintos, frequente recurso a disposições que são princípios gerais.

Por outro lado, num texto desta dimensão eram úteis notas explicativas das opções tomadas, bem como remissões entre artigos.

²⁶ Cfr., n. 27 do preâmbulo da Proposta de Regulamento.

²⁷ A questão do preço é relevante para alguns tipos de contrato mas, para os contratos à distância os consumidores estão protegidos pelos deveres de informação pré-contratuais dos arts. 13º, al. b) e 14º.

²⁸ Sá, Almeno de, *Direito Bancário*, 2008, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 37-38.